Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Iſt nun aber in den Fällen, wo die Gültigkeit der Veräußerung nicht von vornherein definitiv feſtſteht, deren Ungültigkeit vorerſt noch unentſchieden (in pendenti): ſo folgt daraus ganz von ſelbſt, daß man dem Mann inzwiſchen die Vindication nicht geſtatten kann. Dieſe Conſequenz iſt nicht nur für andere Fälle der Pendenz unzweideutig ausgeſprochen (Vgl. L. 43 §. 10 cit. verb.: Nam, dum incertum est, ex cuius re pretium solvat, pendet, cui sit acquisitum; et ideo neutri eorum redhibitoria competit; ſ. auch L. 80, 83 de iure dot. 23, 3 und Fitting in Goldſchmidt's Zeitſchrift f. Handelsrecht II S. 257), ſondern ſie geht auch ſchon aus der einfachen praktiſchen Erwägung hervor, daß ja während jenes Schwebezuſtandes der Kläger ganz und gar außer Stande ſein würde, ſein Eigenthum zu beweiſen. Der beklagte Käufer vertheidigt ſich nämlich gegen die Vindication des Ehemanns nicht durch exc. rei venditae et traditae oder exceptio doli, wie man bisher angenommen hat, ſondern durch Verneinung des klägeriſchen Eigenthums mit Berufung auf die geſchehene Veräußerung, eine Verneinung, welche der Kläger durchaus nicht im Stande iſt, in erfolgreicher Weiſe zu brechen. Denn zum mindeſten muß zugegeben werden, daß es ungewiß iſt, ob er oder der Käufer jetzt Eigenthümer ſei; in dieſem Zweifel muß aber die Regel Platz greifen: In pari causa melior est conditio possidentis.

IX.

Ueber das Conſtitutum.

Von

Herrn Dr. Fuchs,
Profeſſor in Marburg.

Zu den Ausnahmen von der römiſchrechtlichen Fundamentalregel nuda pacta obligationem non pariunt gehören mehrere formloſe Vereinbarungen, denen der Prätor in ſeinem Edikte Klagbarkeit verliehen hat, darunter als die wichtigſte das Conſtitut, das

Verſprechen, wegen einer beſtehenden — eigenen oder fremden — Schuld den Gläubiger zu befriedigen oder ihn materiell ſicher zu ſtellen.

Als Grund dieſer Beſtimmung des Ediktes wird die naturalis aequitas bezeichnet, quoniam grave est fidem fallere [1]), dieſer Grund beweiſt jedoch zu viel und das eigentliche Motiv war gewiß das im Verkehre fühlbar gewordene Bedürfniß, daß eine ſolche weitere Sicherung des Gläubigers mittelſt einer Klage erzwingbar ſei.

Jene prätoriſche Schöpfung geht offenbar parallel mit der acceſſoriſchen stipulatio debiti, iſt aber in ihrer Wirkſamkeit ſchwächer als dieſe. Unfähig, eine abſtrakte Verbindlichkeit zu begründen, hängt jenes Verſprechen von der Hauptverbindlichkeit als „ſeiner untrennbaren Grundlage und Bedingung" ab. [2])

Trotzdem iſt dem Conſtitut eine bedeutende Wichtigkeit für den Obligationenverkehr beizulegen. In ihm hat der Prätor ein Medium zur Bildung einer Reihe wichtiger Rechtsverhältniſſe geſchaffen, es diente namentlich bei der Möglichkeit ſeiner Entſtehung unter Abweſenden zu einem Zwecke, der durch Stipulation nicht zu erreichen war und erleichterte dadurch den Handelsverkehr zwiſchen entfernten Gegenden [3]), es ſicherte endlich meiner Anſicht nach wegen der darin liegenden Anerkennung der Hauptverbindlichkeit den Gläubiger dem Conſtituenten gegenüber vor proceſſualiſcher Gefährdung, indem es dem letzteren die Beweislaſt über die Nichtexiſtenz der Forderung zuwälzte. [4])

Was zunächſt die durch das Conſtitut erreichbaren Zwecke und Vortheile für den Gläubiger anlangt, ſo iſt zu deren Begrenzung Zweierlei maßgebend.

Das Conſtitut novirt nicht die frühere Verbindlichkeit. [5]) Dieß

1) Fr. 1 pr. ht. 13, 5.

2) Bähr, Anerkennung S. 110.

3) Savigny Obl.-R. II, S. 213.

4) Dieß letztere leugnet auch der neueſte Schriftſteller über Conſtitut, Bähr a. a. O. S. 111, welcher den Kläger für beweispflichtig erklärt und in der im Conſtitute enthaltenen Anerkennung nur ein mehr oder weniger ſtarkes Beweismoment findet.

5) Fr. 28 h. t.: Ubi quis pro alio constituit se soluturum, adhuc is,

wird weder von den Contrahenten beabſichtigt noch iſt einer ſolchen Wirkſamkeit das Conſtitut als bloßes actum fähig. Darüber war auch, wie ich glaube, unter den älteren römiſchen Juriſten kein Streit geweſen und man hatte das Conſtitut niemals als ein Surrogat der Zahlung, ſondern ſtets als eine Beſtärkung der früheren Verbindlichkeit durch Hinzufügung einer neuen aufgefaßt. [6])

Schon die Faſſung der, für die gegentheilige Anſicht angezogenen, Streitfrage [7]) ergibt dieß. Hätte man die frühere Verbindlichkeit durch das Conſtitut wie durch Zahlung getilgt angeſehen, ſo würde man nicht in Frage haben ſtellen können, ob durch die Litisconteſtation ex actione constitutoria die (doch bis dahin jedenfalls als fortdauernd angeſehene) urſprüngliche Klage conſumirt werde. Beſtritten war vielmehr nur, ob nicht durch die in iudicium deductio des acceſſoriſchen Rechtsverhältniſſes die Hauptverbindlichkeit als eadem res in den Streit hereingezogen zu betrachten und deßhalb die Klage daraus ſpäter nicht mehr anzuſtellen ſei. Für die Bejahung der Streitfrage wurde vielleicht die rein acceſſoriſche, durch die Exiſtenz der Hauptforderung (tunc, quum constituebatur, pecuniam debitam fuisse) bedingte, die Hauptverbindlichkeit als Objekt enthaltende, Beſchaffenheit des Conſtituts geltend gemacht. Mit Recht hat ſie Ulpian wegen Verſchiedenheit des Verpflichtungsgrundes verneint. Auch Paulus kann dem Abſchluſſe des Conſtituts die Wirkung der Zahlung nicht beigelegt haben [8]); denn er erkennt die Fortdauer der Hauptforderung ausdrücklich an und läßt mit ihr die Klage aus dem Conſtitut vom Fiduciar auf den Fideicommiſſar und vom Erb-

---

pro quo constituit, obligatus manet. Fr. 15 de in rem verso 15, 3: Si filiusfamilias constituerit, quod pater debuit, videndum est, an de in rem verso actio dari debeat? Atquin non liberavit patrem, nam qui constituit, se quidem obligat, patrem vero non liberat.

6) A. M. Savigny Obl.-R. I, 167.

7) Fr. 18 §. 3 h. t.: Vetus fuit dubitatio, an, qui hac actione egit, sortis obligationem consumat? Et tutius est dicere solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione; quoniam solutio ad utramque obligationem proficit.

8) Ueber fr. 10 h. t. vgl. unten S. 181.

ſchaftsbeſitzer auf den evincirt habenden Erben als utilis übergehen.[9])

Wie nun das Conſtitut von der Hauptverbindlichkeit abhängig war dergeſtalt, daß deren Exiſtenz ſeinen Rechtsbeſtand bedingte, daß über den Betrag der Hauptforderung hinaus das Conſtitut als des nothwendigen Fundamentes entbehrend unverbindlich war und daß die Uebertragung der Hauptforderuug die des Conſtitutes mittelſt erzwingbarer oder fingirter Ceſſion[10]) zur Folge hatte — eine Abhängigkeit, welche in der Bezeichnung der Hauptforderung als sors[11]) einen treffenden Ausdruck fand — ſo genügte andererſeits für die rechtsgültige Entſtehung des Conſtitutes das Vorhandenſein der Hauptforderung zur Zeit des Abſchluſſes desſelben. Dadurch wurde das Conſtitut, wenn es auf solvere gerichtet war, von den ſpäteren Schickſalen der Hauptobligation inſoweit unabhängig, als es nur durch Erfüllung der Principalobligation oder was dieſer gleichſtand erloſch.[12])

Das Conſtitut konnte nun innerhalb der Sphäre ſeiner Rechtsbeſtändigkeit verwendet werden,

1) um durch Hinzutritt zu einer Naturalobligation den Anſpruch daraus klagbar zu machen.[13]) Am meiſten mag hierzu das Conſtitut bei Darlehnen an Hauskinder, wobei die in jenem zugleich enthaltene Anerkennung der Schuld die Darlehnsklage ſelbſt gegen die exceptio SCti Macedoniani ſchützte[14]), ſowie

---

9) Fr. 22 h. t.: Si post constitutam tibi pecuniam hereditatem ex senatusconsulto Trebelliano restitueris, quoniam sortis petitionem transtulisti ad alium, deneganda est tibi pecuniae constitutae actio. Idem est in hereditatis possessore post evictam hereditatem; sed magis est, ut fideicommissario vel ei, qui vicit, decernenda esset actio.

10) Fr. 22 cit. nach dem Princip in fr. 23 de her. vel. act. v. 18, 4.

11) Fr. 36 de reb. cred. 12, 2; fr. 18 §. 3. 22 h. t.

12) Fr. 18 §. 1 h. t.: Quod adiicitur: eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse — primum illud efficit, ut, si quid tum debitum fuerit, cum constitueretur, nunc non sit, nihilo minus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert d. h. weil die Zeit der Eingehung des Conſtituts maßgebend iſt. Vgl. fr. 18 §. 3 i. f. und Büchel Erört. I S. 61.

13) Fr. 1 §. 7 h. t.: Debitum autem vel natura sufficit.

14) C. 2 ad SC. Mac. 4, 28.

bei ſolchen Obligationen verwendet worden ſein, die zwiſchen Vater und Hauskind entſtanden oder von Sklaven oder von Unmündigen ohne Zuſtimmung des Vormundes eingegangen waren.

2) Der Gläubiger kann ſich durch ein Conſtitut gegen die Gefährdung des Hauptanſpruchs durch Klagverjährung ſichern. Abgeſehen davon, daß die in jenem enthaltene Anerkennung die Verjährung der Klage aus der Hauptobligation unterbricht, erhält er noch die constitutoria actio, welche trotz nachheriger Verjährung der Hauptklage, wenn dieſe temporalis iſt, beſtehen bleibt.[15]) Denſelben Vortheil erlangt er, wenn die Hauptforderung eine zeitlich begrenzte iſt.[16])

3) Aber auch gegen ſolche Ereigniſſe konnte ſich der Gläubiger ſicher ſtellen, welche eine Minderung im Umfange ſeiner Befriedigung herbeiführten. Die Haftung des Vaters oder Herrn aus der actio de peculio war vom jeweiligen Belaufe des Peculiums abhängig. Schloß der Gläubiger ein Conſtitut ab, ſo war der damalige Beſtand des Peculiums maßgebend und eine ſpätere Verminderung (ebenſo aber auch eine Vergrößerung) für die actio constitutoria gleichgültig.[17])

4) Der Gegenſtand der Hauptforderung kann durch Subſtituirung eines gleich viel werthen Objektes (im vorjuſtinianiſchen Rechte anderer Fungibilien) verändert werden. Ulpian gibt für dieſe Wirkſamkeit des Conſtituts den Grund an, daß zu ſeiner Zeit die Jurisprudenz die auf Vereinbarung der Contrahenten beruhende Leiſtung eines andern Objekts ſtatt des eigentlich geſchuldeten als einen ipso iure wirkenden Tilgungsgrund (der Sabinianiſchen Anſicht gemäß) allgemein anerkannt habe.[18])

---

15) Fr. 18 §. 1 h. t.

16) Von ſolchen handelte das fr. 18 §. 1 cit. urſprünglich, Savigny Syſt. 5 S. 402; Puchta Vorl. I S. 432.

17) Fr. 1 §. 8, 19 §. 2. 20 h. t.

18) Fr. 1 §. 5 h. t.: An potest aliud constitui, quam quod debetur, quaesitum est; sed cum iam placet, rem pro re solvi, nihil prohibet, et aliud pro debito constitui. Denique si quis centum debens frumentum eiusdem pretii constituat, puto valere constitutum. Vgl. c. 10. 17. 24 de solut. 8, 42 (von Dioclettan, der jenen Satz als manifesti iuris bezeichnet). Noch zu Gaius Zeit war darüber Streit, Gai. III. §. 168.

Die Wirkſamkeit des Conſtituts war je nach dem Zwecke der Vereinbarung eines andern Objekts eine verſchiedene. Sollte dieß ausſchließend an die Stelle des früheren Objekts treten, ſo konnte der Schuldner, wenn er auf das letztere mit der Hauptklage belangt wurde, gewiß die exceptio pacti opponiren, während dieß nicht möglich war, wenn das aliud mit einem Wahlrechte des Gläubigers vereinbart war. Im letzteren Falle tilgte die Leiſtung aus der vom Gläubiger gewählten einen Obligation ipso iure die andere.

Parallel dieſer Anwendung des Conſtituts geht die Stipulation eines andern Objekts, jedoch mit ſtärkerer Wirkung.

Soll nur das zweite Objekt geleiſtet werden, dann novirt die Stipulation und es kann lediglich aus ihr geklagt werden. Wird aber damit dem Gläubiger ein Wahlrecht eingeräumt, dann beſtehen beide Obligationen neben einander. Die Leiſtung aus der früheren tilgt aber nicht ipso iure die ſpätere, gibt vielmehr nur eine exceptio ab.[19])

Ebenſo kann das Conſtitut dazu dienen, die einfache Obligation in eine alternative mit Wahlrecht des Schuldners umzuwandeln (hoc aut illud) und umgekehrt die alternative auf eine einfache zu reduciren.[20])

5) Der Erfüllungsort kann mittelſt Conſtituts für die Hauptobligation feſtgeſetzt oder abgeändert werden.[21]) Aus dem Conſtitute konnte dann eigentlich ebenſo wenig, wie aus einer Stipulation, an einem andern als dem beſtimmten Leiſtungsorte geklagt werden. Man ließ indeſſen dieſe Beſchränkung des Gläubigers fallen und die Klage an dem perſönlichen Gerichtsſtande zu analog und mit dem Erfolge der bei der Stipulation mit feſtgeſetztem Zahlungsorte aushülfsweiſe gegebenen actio de eo quod certo loco.

---

19) Fr. 28 de nov. 46, 2: Fundum Cornelianum stipulatus, quanti fundus est, postea stipulos. Si non novandi animo secunda stipulatio facta est, cessat novatio, secunda vero stipulatio tenet, ex qua non fundus, sed pecunia debetur. Itaque si reus promittendi fundum solvat, secunda stipulatio iure non tollitur, nec si litem actor ex prima contestetur.

20) Fr. 25 pr. h. t.

21) Fr. 5 pr. 16 §. 1 h. t.

6) Eine gleiche Vereinbarung iſt hinſichtlich der Zeit der Leiſtung möglich.[22])

7) Durch Conſtitut kann für die Hauptobligation ein Empfangsberechtigter beigefügt werden.[23]) Hier hat es dieſelbe Funktion wie die acceſſoriſche Stipulation: spondesne mihi aut Titio dari? Durch die Zahlung an den adiectus wird die acceſſoriſche Obligation ipso iure zerſtört, die Hauptobligation per exceptionem. Die Beſchränkung des adiectus auf den bloßen Empfang der Leiſtung iſt dieſelbe wie bei der Stipulation[24]) und ebenſo iſt hier eine Vereinbarung von verſchiedenen Objekten, Erfüllungsorten und Zeiten möglich.[25])

Bekanntlich kann auch trotz des Widerſpruchs des Gläubigers vom Schuldner an den adiectus gültig gezahlt werden. Die Ausſchließung des letzteren bedarf einer Vereinbarung beider Contrahenten und dieſe kann durch novirende Stipulation oder durch Conſtitut (se soli creditori soluturum) erfolgen, mit ſchwächerer Wirkung auf die Hauptobligation, aber mit gleichem Reſultate. Zahlt der Schuldner nachher trotzdem an den adiectus, ſo hat der Gläubiger außer der actio constitutoria auch die Klage aus der Hauptobligation, wobei er den Zahlungseinwand durch Berufung auf die mittelſt des Conſtituts getroffene abändernde Vereinbarung elidiren[26]) kann, und der Schuldner kann vom Empfänger das Gezahlte wegen nicht erfolgter Liberation als indebitum condiciren.[27]).

---

22) Fr. 4, 16 §. 1, 21 §. 1 h. t. (Bei dem Abſchluß eines Conſtituts ohne Beifügung einer Zahlungsfriſt ſteht dem Conſtituenten eine für Herbeiſchaffung der Zahlungsmittel ausreichende Friſt zu).

23) Fr. 8. 30 h. t.

24) Fr. 7 §. 1 h. t.; fr. 10 de sol. 46, 3.

25) Wie bei der Stipulation: Fr. 34 §. 2, 98 §. 4, 6 de sol. 46, 3.

26) Gerade wie umgekehrt der Schuldner ſich darauf im Falle des fr. 30 h. t. der Hauptklage gegenüber berufen kann.

27) Fr. 9 h. t. Nicht entgegen ſteht Fr. 59 pr. de solut. 46. 3: Si ita stipulatus sim: mihi aut Titio dare spondes? et debitor constituerit, se mihi soluturum, quamvis mihi competat de constituta actio, potest adhuc adiecto solvere. Iſt von den Contrahenten bei Abſchluß eines ſolchen Conſtituts nicht eine Abänderung hinſichtlich der nach der Hauptobligation zum Empfang berechtigten Perſonen beabſichtigt (wie dieß

8) Durch das Conſtitut kann auch für die Hauptobligation ein neuer Gläubiger oder Schuldner beigefügt und ſolchergeſtalt dem Hauptgläubiger der Vortheil raſcherer und bequemerer Rechtsverfolgung oder größerer Sicherheit in Hinſicht der Erfüllung gewährt werden.

I. Beifügung eines neuen Gläubigers.

a) Ein Dritter kann ſich vom Schuldner deſſen Schuld an den Gläubiger conſtituiren laſſen[28]), eine prätoriſche Nachbildung der Adſtipulation. Natürlich bedarf es zur Gültigkeit des Conſtituts der Einwilligung des Gläubigers, da es eine Dispoſition über das demſelben aus der Obligation zuſtehende Recht enthält.[29])

Ein ſolches Conſtitut wird der Gläubiger der Hauptobligation dann veranlaſſen, wenn er am Wohnorte des Hauptſchuldners oder am Erfüllungsorte der Hauptobligation nicht anweſend iſt und eine bloſe solutionis causa adiectio des Dritten (oben Nr. 7) ihm zur Wahrung ſeines Intereſſes nicht ausreichend, erſcheint.

Daneben kann auch der Gläubiger den weiteren Zweck erreichen, dem Dritten ein Befriedigungsmittel zu gewähren, wenn dieſer an ihn ſelbſt eine Forderung hat.

Durch das Conſtitut wird hier ein Correalverhältniß nicht begründet.

b) Der Hauptgläubiger und der Dritte laſſen ſich in solidum vom Schuldner die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit verſprechen. Hier entſteht, indem die divisio der eingegangenen Obligation verhindert wird, hinſichtlich des durch das Conſtitut begründeten Rechtsverhältniſſes eine aktive Correalobligation, nicht aber für den Drit-

---

bei mihi soli se soluturum der Fall iſt), ſo tilgt die Zahlung an den adiectus die Hauptobligation und per exceptionem doli auch die obligatio ex constituto.

28) Fr. 5 §. 2, 5 h. t.

29) Fr. 7 §. 1 h. t.: Si mihi aut Titio stipuler, Titio constitui suo nomine non posse, Julianus ait, quia non habet petitionem, tametsi solvi ei possit, d. i. die dem adiectus solutionis causa vom Gläubiger eingeräumte Befugniß reicht ohne deſſen Zuſtimmung nicht hin, mit dem Schuldner ein Conſtitut (im vorliegenden Falle: Titio soli se soluturum) abzuſchließen. Vgl. noch fr. 39 de neg. gest. 3, 5; fr. 8 §. 5 de nov. 46, 2.

ten und den Gläubiger, soweit dieser aus der Hauptobligation berechtigt ist.

II. Hinzutritt eines neuen Schuldners.

a) Ein Dritter verspricht die Leistung des Hauptschuldners — constitutum debiti alieni —. Hier entsteht der Hauptobligation gegenüber eine blos solidarische Verbindlichkeit, welche den Gläubiger im vorjustinianischen Rechte mehr sicherte als die fideiussio und daneben noch andere Vortheile (ein anderes Objekt, kürzere Zahlungsfrist) zu gewähren geeignet war. Bei der fideiussio war der Gläubiger der Gefahr ausgesetzt, durch Belangung des insolventen Correalschuldners das Klagrecht gegen den solventen zu verlieren, und wenn er auch dieser Gefahr durch die besondere Formulirung: quanto minus a debitore consecutus fuero sich entziehen konnte, so mußte er dafür das Recht der sofortigen Belangung des Bürgen opfern.[30]) Vollständige Sicherheit war also nur auf das Risiko zweier Processe hin zu erlangen. Dieser Unannehmlichkeit war der Gläubiger bei dem constitutum nicht ausgesetzt. Er konnte nach Belieben neben und nach einander den Haupt- und den accessorischen Schuldner belangen und bei der praktischen Wichtigkeit dieses Rechts wird man wohl nicht irren, wenn man behauptet, daß der Gläubiger in der vorjustinianischen Zeit zur Sicherung seiner Forderung häufiger auf dem Abschluß eines Constituts als auf dem einer fideiussio bestanden und daß diese Bevorzugung des Constituts im Rechtsleben erst seit dem Erlaß der c. 28 de fidei. 8, 41 aufgehört habe, wenn auch die Doktrin der viel älteren fideiussio mehr Aufmerksamkeit geschenkt hat.

Machen sich mehrere zur Zahlung einer fremden Schuld in solidum durch Constitut verbindlich, so entsteht unter ihnen dem Gläubiger gegenüber eine Correalobligation.[31])

b) Ebenso konnte auch der Hauptschuldner und der Dritte in solidum die Leistung der Hauptschuld versprechen, ähnlich wie bei der Stellung eines Bürgen der Hauptschuldner eine (nach Sa-

30) Fr. 116 de v. o. 45, 1; fr. 42 pr. de reb. cred. 12, 1; fr. 21 de sol. 46, 3.

31) Fr. 16 pr. h. t.: Si duo quasi duo rei constituerimus, vel cum altero agi potest in solidum.

binianiſcher Anſicht novirende, nach der gewiß richtigeren Proculianiſchen eine im Zweifel bloß acceſſoriſche) Stipulation einging, der ſich dann der Bürge anſchloß.[32])

9) Durch das Conſtitut konnte ſchließlich der eine Correalgläubiger ſeinen Anſpruch gegen die Wirkung der Zahlung an den andern Correalgläubiger ſicherſtellen.

> Fr. 10 h. t.: Idem est (d. h. im Anſchluß an das fr. 8: nihilo minus tenebitur), et si ex duobus reis stipulandi alteri constitutum, alteri postea solutum est, quia loco eius, cui iam solutum est, haberi debet is, cui constituitur.

Die Schlußworte erklärt Savigny[33]) dahin, daß Paulus den Abſchluß des Conſtituts der Zahlung der Schuld gleich geachtet habe. Dieß iſt indeſſen meines Erachtens unrichtig[34]) und jene Worte haben nur den Sinn, daß ebenſo, wie die Rechtsgültigkeit der Zahlung an den einen Correalgläubiger durch das früher beſtandene gleiche Recht des andern nicht afficirt werde, auch das Recht aus dem Conſtitut (alteri creditori soli se soluturum) nicht durch die Tilgung der Hauptobligation mittelſt Zahlung an den andern Correalgläubiger berührt werde, indem jene Forderung nur durch Zahlung an den, welchem conſtituirt iſt, getilgt werden kann.

Kann die Zahlung an den andern Correalgläubiger als indebite geleiſtet condicirt werden? Savigny glaubt nach ſeiner Erklärung des fr. 10, daß Paulus dieß bejaht habe[35]), indem er das zwiſchen fr. 8 und 10 eingeſchobene fr. 9 von Papinian auch mit fr. 10 in Verbindung ſetzt. Geht man jedoch davon aus, daß auch Paulus neben dem Conſtitut die urſprüngliche Forderung als fortdauernd betrachtet habe, ſo wird man annehmen müſſen, daß auch er mit den übrigen Juriſten die Statthaftigkeit der condictio indebiti verneint habe. Zwei Ausnahmen muß man indeſſen ſtatuiren. Einmal dann, wenn der andere Correalgläu-

32) Gai III, 177—178.
33) Obl.-R. I S. 168.
34) Vgl. oben S. 174.
35) A. a. O. Note m.

biger zum Abschlusse des Constituts zugestimmt hat. Sodann, wenn er ein lediglich im Interesse des Hauptgläubigers zugezogener adstipulator ist. In diesem letzteren Falle würde der Schuldner seiner Klage die im Abschlusse des Constituts liegende Revokation des Mandats opponiren können, auf welchem seine Hereinziehung in das Obligationsverhältniß beruht und welches ihn zur Restitution des Empfangenen an den Gläubiger verpflichten würde. Will dieser sich seiner nicht mehr bedienen, so hat der adstipulator auch keine Interesse mehr, von der ihm eingeräumten Klagbefugniß Gebrauch zu machen. Wäre dennoch irrthümlich an ihn gezahlt worden, so könnte der Schuldner condiciren und es verhält sich hier gerade so wie beim solutionis causa adiectus, dem der Gläubiger durch das Constitut sibi soli debitorem soluturum die Empfangsbefugniß entzogen hat.[36])

So verrichtete das Constitut mannichfache, für den Obligationenverkehr äußerst wichtige Funktionen. Der Gebrauch desselben wurde durch die Formlosigkeit sehr erleichtert, in welcher es abgeschlossen werden konnte und darin bestand ein wesentlicher Vorzug desselben vor der Stipulation. Die Willenseinigung der Contrahenten war in Hinsicht ihrer Manifestirung unbeengt. Zwischen Anwesenden und Abwesenden kann es zu Stande kommen, durch Boten, Stellvertreter, mündlich wie schriftlich und ohne daß es zur Kundgebung des Willens einer besondern Aeußerungsform bedurfte.[37]) Namentlich wurde dadurch, daß ein Constitut unter Abwesenden schriftlich eingegangen werde konnte, eine insbesondere im Handelsverkehre fühlbare Lücke ausgefüllt, und eine derartige Urkunde diente einem Zwecke, der durch eine Stipulationsurkunde ihrem juristischen Charakter nach nicht zu erreichen war. Ursprünglich wurde, nachdem die Stipulation rite abgeschlossen war, der Hergang, unter wortgetreuer Wiedergabe des Stipulationsinhalts, des etwa demnächst nöthigen Beweises wegen urkundlich gemacht und von den Contrahenten unterzeichnet. Von diesen beiden Akten

36) Fr. 9 h. t.

37) Fr. 5 §. 7—9, 14 §. 3, 15 h. t. Beispiele schriftlichen Abschlusses in fr. 5 §. 3, 24, 26. h. t.

gab der erstere, der Schwerpunkt der ganzen Handlung, dem Gläubiger das materielle Recht, der zweite die processualische Sicherstellung. Bei einem umfangreicheren Vertrage wurde vielleicht auch, um Auslassungen vorzubeugen, das Ergebniß der formlosen Einigung zunächst schriftlich redigirt und nach Anleitung dieser Aufzeichnung die Stipulation vorgenommen und dann die Urkunde unterzeichnet.

Die Aufnahme solcher Urkunden, welche den Inhalt der formlosen Vereinbarung und deren Einfassung in die Stipulationsform getreu wiedergaben, fand wegen der höheren Garantie, welche diese Art der Beweisführung gewährte, regelmäßig statt und sie wurde allmählig der Schwerpunkt des ganzen Aktes, die Begründung des Rechtsverhältnisses. Man begnügte sich mit dem schriftlichen bekundeten Willen der Contrahenten, eine Verbalobligation abzuschließen, und hielt die feierliche Wortfassung für überflüssig. Schon von Paulus und Ulpians Zeiten gilt in jenem Falle der Ausspruch Justinians[38]), daß die verba consueta stipulationum eine subtilis, imo magis supervacua observatio seien. Diese Neuerung im Wesen und in der Wirksamkeit der Stipulationsurkunde als eines Surrogats der mündlichen Rede und Gegenrede wurde von der Doktrin mit dem früheren Rechte durch die juristische Fiktion zusammengehalten, als sei die verborum obligatio dennoch voraufgegangen.

Den Beweis hierfür liefern:

Paulus R. S. V; 7 §. 2: Verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes constrahitur. Quodsi scriptum fuerit instrumento promisisse, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit.[39])

Paulus in fr. 134 §. 2 de v. o. 45, 1: Quum Septicius literis suis praestaturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud Sempronium depositae sint, si inter praesentes actum est, intelligendum etiam a parte Titii praecessisse verba stipulationis.

38) C. 4 §. 6 de rec. arb. 2, 56.

39) Wiederholt in §. 17 J. de inut. stip. 3, 19.

Ulpianus in fr. 30 eod.: Sciendum est generaliter, quodsi quis se scripserit fideiussisse, videri omnia solenniter acta.[40])

In dieſen Stellen wird, wie es mir ſcheint, ganz offenbar vorausgeſetzt, daß mündliche Rede und Antwort nicht ſtattgefunden habe, und die Ausdrücke perinde habetur ac si, intelligendum, videri weiſen bekanntem Sprachgebrauch nach auf die Fiktion hin.

Die Fiktion erübrigt indeſſen nur die mündliche Rede und Gegenrede, nicht aber das Vorhandenſein der ſonſtigen, durch das beiderſeitige Reden bedingten Vorausſetzungen, z. B. die Anweſenheit der Contrahenten, ihre Fähigkeit zu reden und zu hören. Die Fiktion wird alſo durch den Gegenbeweis der Unmöglichkeit der (fingirten) Stipulation ausgeſchloſſen.[41]) Dieſe Unfähigkeit der Stipulationsurkunde, zwiſchen Abweſenden in Anwendung gebracht zu werden, iſt auch durch Juſtinians Verordnung v. 531[42]) nicht beſeitigt, vielmehr iſt damit lediglich dem dringendſten Bedürfniſſe indirekt dadurch abgeholfen worden, daß der Gegenbeweis des Alibi auf Nichtanweſenheit der Contrahenten in eadem civitate am Tage der Ausſtellung der Urkunde beſchränkt wurde. Für den Handelsverkehr zwiſchen entfernten Gegenden blieb alſo ſchriftliches Conſtitut vor wie nach allein brauchbar.

Wir haben geſehen, daß das Conſtitut in freien Formen zur Bildung neuer Rechtsverhältniſſe gebraucht werden kann. Allein es iſt auch ein proceſſualiſches Sicherungsmittel für den Gläubiger, indem er, mit der actio constitutoria gegen den Schuldner klagend, nur das Verſprechen der als geſchuldet anerkannten Leiſtung, nicht auch das Forderungsrecht zu erweiſen nöthig hat. Die gewöhnliche Anſicht geht zwar dahin, daß die Exiſtenz der Forderung zum Klaggrund gehöre und deßhalb auch von ihm,

40) Vgl. §. 8 J. de fidei. 3, 20 und c. 1 de contr. et com. stip. 8, 38.

41) Daher die ausdrückliche Hervorhebung si inter praesentes actum est in fr. 134 §. 2 und c. 1 cit. ſowie c. 14 pr. de contr. et com. st. 8, 38.

42) C. 14 §. 2 cit.

wenn geleugnet, zu beweisen sei.[43]) Ich halte dieß jedoch nicht für richtig und zwar aus folgenden Gründen.

1) Gegen jene Ansicht spricht schon die Fassung des prätorischen Edikts: Qui pecuniam debitam constituit — si appareat, eum, qui constituit, neque solvere (solvisse) neque fecisse, neque per actorem stetit (stetisse), quominus fieret, quod constitutum est, eamque pecuniam, quum constituebatur, debitam fuisse — adversus eum de constituto actionem dabo.

Unter allen uns erhaltenen Bruchstücken des prätorischen Edikts ist dieß dasjenige, welches der das klägerische Recht begründenden Thatsache die Defensionalbehauptungen am schärfsten abgesondert und in einer der Einreihung in die zu ertheilende formula entsprechenden Form gegenüberstellt. Die affirmirenden Behauptungen sind in negativer Fassung (neque, neque, neque), die negirende Behauptung dagegen, die pecunia sei zur Zeit des Constitutsschlusses indebita gewesen, ist in positiver Fassung (eamque) aufgestellt.

Die herrschende Ansicht übersetzt die Worte qui pecuniam debitam constituit „wer schuldiges Geld zu zahlen versprochen hat" und bezieht auf die daraus resultirende Verpflichtung des Klägers, die Schuld zu erweisen, die folgenden Worte eamque — debitam fuisse. Wäre dies richtig, dann wäre es unbegreiflich, wie noch die Existenz der Hauptschuld als ungewiß und der richterlichen Entscheidung bedürftig vom Prätor in den Proceß hereingewiesen werden konnte, während doch die Fassung qui — constituit klar ergibt, daß der Prätor Beides — die Existenz der Schuld und den Abschluß des Constituts — als unter den Parteien nicht streitig vorausgesetzt hat, wie dies für das Letztere noch aus dem Zwischensatze quum constituebatur hervorgeht. Der Prätor hätte in gleichem Maße sich veranlaßt sehen müssen, auch den Streit über den Abschluß des Constituts den Parteien im Processe offen zu lassen und das Edikt hätte in der Fassung beginnen müssen: si pecunia debita et constituta esse dicetur.

Die Worte qui pecuniam debitam constituit haben vielmehr

43) Bähr a. a. O. S. 111.

einen ganz andern Sinn, nämlich den „wer Geld als ſchuldiges, in Anerkennung ſeines Geſchuldetſeins, conſtituirt". Dieſe eine Thatſache begründet das vom Prätor mit einer Klage ausgeſtattete Rechtsverhältniß und ſie wird im Edikte als unter den Parteien unſtreitig vorausgeſetzt. In den Worten si appareat — debitam fuisse geſtattet der Prätor dem Conſtituenten zwei Vertheidigungsweiſen, wobei er zugleich auf die beiden Arten des Conſtituts, das constitutum se soluturum und das constitutum se satisfacturum [44]), Rückſicht nimmt.

Der Conſtituent kann nach dem Edikte der Klage gegenüber

a) den Rechtsbeſtand des Conſtituts unangefochten laſſend, die Erfüllung behaupten, und zwar

α) se solvisse, wenn dasſelbe auf solvere ging,

β) se fecisse, wenn es auf satisfactio gerichtet war.

Der Erfüllung ſtellt das Edikt die vom Gläubiger verſchuldete Unmöglichkeit der Erfüllung gleich (per actorem stetisse, quominus fieret) z. B. Tödtung des deſignirten Bürgen oder Pfandes. Die Doktrin hat erweiternd die vom Conſtituenten nicht verſchuldete Unmöglichkeit der Erfüllung der wirklichen Erfüllung gleich geſtellt. [45])

b) Er kann den Rechtsbeſtand des Conſtituts anfechten durch die Behauptung, pecuniam tunc, quum constituebatur, indebitam fuisse. Er muß dann beweiſen, daß das Schuldverhältniß gar nicht zu Stande gekommen oder zur Zeit des Conſtitutsſchluſſes ſchon ipso iure weggefallen oder per exceptionem peremtoriam unwirkſam geweſen ſei. Damit fällt die Bedingung der Rechtsgültigkeit des Conſtituts hinweg, welches ſich völlig abhängig an die Hauptſchuld anlehnt. Wenn es in fr. 1 §. 7 h. t. heißt: debitum vel natura sufficit, ſo enthält dieß nicht eine Er-

44) Fr. 14 pr. 21 §. 2 h. t. Nov. 115 c. 6. Das letztere Conſtitut war entweder allgemein geſtellt, dann ſtand dem Conſtituenten die Wahl zwiſchen Pfändern und Bürgen frei, oder ſpeciell auf eins dieſer Sicherungsmittel gerichtet, wo dann die Subſtituirung eines andern unzuläſſig war, fr. 14 § 1—2 h. t.

45) Fr. 16 §. 3 h. t.: Ergo si non stetit per actorem, tenet actio, etiamsi per rerum naturam stetit. Sed magis dicendum est, subveniri reo debere.

leichterung für den Kläger, der mit dem Beweise abkommen solle, daß die Hauptforderung mindestens naturaliter bestanden habe, sondern vielmehr eine Erschwerung für den Verklagten, der beweisen muß, daß er ne naturaliter quidem obligirt gewesen sei.

2) Der Grund für die Verpflichtung des Verklagten, das indebitum zu beweisen, ist die in dem Constitutut enthaltene Anerkennung der Schuld: er hat zu leisten versprochen, weil er schuldig ist.

Es ließe sich hierfür keine passendere Belegstelle anführen als den §. 4 des fr. 25 de probat. 22, 3, wenn nicht auch dieser höchstwahrscheinlich unächt wäre. Hierin wird zwischen cautio indiscreta und discreta unterschieden. Der letzteren gegenüber, in qua ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit, muß der Aussteller beweisen, sese haec indebite promisisse.

Das Constitut ist stets — und für das Wesen und die Wirksamkeit der Anerkennung ist es gleichgültig, ob sie mündlich oder schriftlich erfolgt — eine promissio mit einer explanatio causae, indem dabei eine Bezugnahme auf die bedingende Hauptobligation stattfindet und die pecunia constituta durch Angabe des Schuldgrundes genauer bestimmt wird. Den Beleg dafür geben die uns erhaltenen Urkunden in fr. 24. 26 h. t.: Remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo ex contracta meorum pupillorum — decem, quae Lucius Titius ex arca tua mutua acceperat.

Dagegen besitzen wir eine unzweifelhaft ächte Entscheidung von Modestin, aus welcher hervorgeht, daß die Anerkennung eines Rechtsverhältnisses den Anerkennenden zum Nachweise des Gegentheils nöthigt, im fr. 15 de prob. 22, 3:

> Quidam quasi ex Seia susceptus a Caio Seio, quum Caius fratres haberet, hereditatem Caii invasit, et fratribus eiusdem quasi ex mandatu defuncti fideicommissa solvit, cautionem accepit. Qui posteo cognito, quod filius fratris eorum non fuisset, quaerebant, an cum eo de hereditate fratris possint propter emissam manum ab iis quasi filio agere. Modestinus respondit, cautione exsoluti fideicom-

missi statum eius, qui probari potest a fratribus defuncti filius mortui non esse, minime confirmatum esse, sed hoc ipsum a fratribus probari debet.

Hätten die Brüder des Cajus in der ausgeſtellten Quittung den Gegner nicht als Sohn ihres Erblaſſers und folgeweiſe als Erben anerkannt, ſo würde dieſer im Erbſchaftsproceſſe das prätendirte Verwandſchaftsverhältniß haben nachweiſen müſſen. Wegen jener Anerkennung liegt aber den Klägern die Beweislaſt ob, daß er nicht Sohn des Erblaſſers ſei.

3) Labeo erklärte das für eine betagte klagbare Forderung eingegangene Conſtitut für verbindend und fügte rechtfertigend noch hinzu, daß das Conſtitut grade hauptſächlich den betagten Forderungen ſeine Entſtehung verdanke.[46]) Ulpian ſtimmt ihm bei mit dem Zuſatze: habet enim utilitatem, ut ex die obligatus constituendo se eadem die soluturum teneatur. Worin aber ſoll der Nutzen für den Gläubiger beſtehen, der mit der actio constitutoria auf nicht Mehr und nicht früher klagen kann als mit der Hauptklage, wenn er neben der Exiſtenz der Hauptforderung auch noch den Abſchluß des Conſtituts beweiſen müßte? Nimmt man dagegen an, daß er vom erſteren Beweiſe frei iſt und dem Conſtituenten der Beweis des indebitum obliegt, dann erklärt ſich aus dieſer proceſſualiſchen Sicherſtellung des Gläubigers genügend die Mittheilung Labeo's und die Begründung Ulpian's.

Dieſe Befreiung des Gläubigers vom Beweiſe, daß die Hauptforderung zur Zeit der Abſchließung des Conſtituts beſtanden habe, findet immer beim constitutum debiti proprii ſtatt, indem hier der Schuldner die Leiſtung verſpricht, weil er ſie ſchuldet. Beim constitutum debiti alieni will der Dritte zunächt nur den Gläubiger gegen die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit des Hauptſchuldners ſchützen: er verſpricht zu leiſten, wenn dieſer ſchuldet. Dieſe Intention, welche im Zweifel zu unterſtellen iſt, wurde auch häufig noch ausdrücklich bei Eingehung des Conſtituts ausgeſprochen. So lautet die in fr. 5 §. 3 beurtheilte Urkunde: Scripsi secundum mandatum Seii, si quid tibi debitum approbatum erit,

46) Fr. 3 §. 2 h. t.

me tibi cauturum et soluturum sine controversia. Freilich kann auch mit einem derartigen constitutum eine Anerkennung der Hauptschuld verbunden werden und hierfür haben wir einen Beleg in der im fr. 26 enthaltenen Urkunde: Decem, quae L. Titius ex arca tua mutua acceperat, habes penes me, domine.

X.

Beitrag zur Lehre von den Inhaberpapieren.

Von

Herrn Dr. Platner,
Privatdocent in Marburg.

(Schluß des Aufsatzes No. VII. im vorigen Hefte.)

§. 5.

Die im Vorhergehenden aufgestellten Grundsätze und die aus ihnen sich ergebenden Schlußfolgerungen entsprechen nun keineswegs vollständig den in neuerer Zeit sowohl von Romanisten als von Germanisten aufgestellten Ansichten über die mit auf den Inhaber gestellten Papiere. Denn wenn sie auch in manchen Beziehungen mit ihnen übereinstimmen, so weichen sie doch ab von ihnen in verschiedenen Hauptpunkten.

Zunächst ergibt sich aus der vorhergehenden Erörterung, daß Eigenbrodt vollständig Recht hat, wenn er gegen Dunker[1]), Renaud[2]), Bender[3]), Gengler[4]), behauptet: bei den mit auf den Inhaber gestellten Urkunden reiche das bloße Inhaben nicht hin, um den Inhaber der Urkunde zu legitimiren, die in ihr enthaltne Forderung für sich geltend zu machen[5]). Denn

1) Dunker in d. Z. f. d. R. h. v. R. Bd. V. S. 32—40.
2) Renaud in d. Z. f. d. R. Bd. 14. S. 315—323.
3) Bender Verkehr mit Staatspapieren. 2. Aufl. S. 167—168.
4) Gengler deutsches Privatrecht Anm. zu §. 38.
5) Eigenbrodt in d. Jahrb. f. d. Dogmatik d. h. r. u. d. Privatr. Bd. II. Hft. 2 S. 181—247. Vergl. außerdem auch v. Savigny Obli-